

LA PUJA CRIMINALIZADA: EL ARTÍCULO 262 DEL CÓDIGO PENAL. UN ANÁLISIS DEL DELITO DE ALTERACIÓN DE PRECIOS EN CONCURSOS Y SUBASTAS PÚBLICAS

Por

ÁLVARO PEREA GONZÁLEZ
Letrado de la Administración de Justicia titular

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Penal 28 (2017)

“El funcionamiento de la competencia no sólo exige una adecuada organización de ciertas instituciones como el dinero, los mercados y los canales de información, sino que depende, sobre todo, de la existencia de un sistema legal apropiado.

Camino de servidumbre. Friedrich A. Hayek.

PALABRAS CLAVE: alteración de precios, concurso público, subasta pública.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque actualmente —en realidad siempre los ha habido— existan detractores de la libertad comercial, y parezca existir una tendencia regresiva hacia los modelos más intervencionistas en lo económico, lo cierto y tangible es que las sociedades históricamente más prósperas han nacido y se han desarrollado siempre allá donde la competencia y la seguridad jurídica se han erigido como condiciones insoslayables. El mercado, y junto a él, la libre formación de precios, son sinónimos de libertad; y dentro de éstos, la subasta y concurso plural de agentes para la obtención de un producto o servicio son el retrato más fiel que pueda obtenerse de la conocida como “competencia perfecta”, aquella en la que la maximización del bienestar es consecuencia de la imposibilidad de alteración del precio por el oferente.

Quizá por influencia de la cinematografía o la literatura anglosajona, lo cierto es que las subastas —no tanto los concursos— son asimiladas conceptualmente por la ciudadanía como una realidad extraña reservada a pequeños grupos selectos de pudientes apasionados del arte o la restauración mobiliaria. Sin embargo, pese a que,

efectivamente, las casas de subastas existen —y de hecho proliferan— en el ámbito privado, es dentro del espacio público donde se desarrolla con mayor magnitud la venta pública por pujas. La Agencia Tributaria, el Notariado, o los Juzgados y Tribunales, realizan a diario subastas en las que, previo cumplimiento de determinados requisitos y condiciones, cualquiera puede participar y obtener el producto ofrecido. De igual manera, y sobre todo en el ámbito de la gestión y prestación de servicios públicos, los concursos sirven de mecanismo a la Administración Pública para valorar y conseguir que una determinada actividad —desde la construcción de una obra hasta la llevanza de un “chiringuito playero”— se desarrolle de la forma más eficaz y eficiente en las previsiones efectuadas por el ente público.

La escasa cultura de competencia perfecta en los países continentales, y particularmente en el nuestro, convierte a estos mecanismos en un hábitat propicio para las prácticas colusorias y los conciertos desleales con la libre competencia que debe presidir toda enajenación o proceso de licitación. Conscientes de ello, los poderes normativos articulan un conjunto de medios —la garantía provisional, la consignación,...— tendentes a la evitación del fraude a la competencia; el último de ellos, el precepto del Código Penal que analizaremos en este trabajo: el artículo 262 .

II. PRECEDENTES LEGISLATIVOS Y ELABORACIÓN PARLAMENTARIA

Como señala EIRANOVA ENCINAS¹, el origen primario del delito de alteración de concursos y subastas públicas se encuentra en el Código Penal francés de 1810, con el que se inspiró el legislador español hasta llegar al Código Penal de 1973 cuyo artículo 539, bajo la rúbrica del Capítulo V del Título XIII del Libro II, castigaba con pena de multa a “Los que soliciten dádiva o promesa para no tomar parte en una subasta pública, y los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio, con el fin de alterar el precio del remate”; precepto éste que resulta idéntico a la primera redacción original: la del Código Penal de 1848 en su artículo 460.

Como breve nota histórica, nótese que el surgimiento de la figura delictiva coincide cronológicamente con el auge liberal del siglo XIX, y que si la preocupación del legislador era evidente en cuanto a la protección de la propiedad privada particular -paradigma liberal-, ésta también se hacía extensible a los mecanismos de enajenación pública, en los que la defensa del rédito por lo subastado para la Administración gozaba de un carácter prevalente en tanto instrumento de financiación fundamental. Igualmente, no

¹ EIRANOVA ENCINAS, E.: “La alteración de precios en concursos y subastas públicas.” Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-342, tomo 6, Editorial LA LEY

puede desconocerse que las subastas servían también a un relevante sector social, privilegiado por el proceso colonizador, que recurría a ellas como mecanismo habitual de intercambio de riqueza e inversión especulativa.

En lo que refiere al nacimiento de nuestro actual y vigente artículo 262, un análisis pormenorizado de los trabajos parlamentarios desarrollados permite comprobar cómo la redacción inicial presentada en el proyecto de Ley por el Gobierno socialista en 1994 sufrió escasas modificaciones en el trámite de enmiendas, siendo la más destacable la introducción de la inhabilitación especial para la licitación en subastas judiciales como pena agregada a las ya previstas de prisión y multa. A este respecto, cabe señalar que esta incorporación fue el resultado de la enmienda “*in voce*” formulada por el Diputado del Grupo Parlamentario Federal Izquierda Unida— Iniciativa per Catalunya ², D. Diego López Garrido, quien para justificar la misma, y apoyándose en la -entonces, recientísima- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de mayo de 1995 - que sería más tarde revocada casi en su totalidad por el Tribunal Supremo³— aludió a las penas de privación de participación en subastas, incorporadas a través de una “*interpretación bastante extensiva*” -palabras del precitado Diputado- por la propia resolución de la Audiencia Provincial, y que resultarían suprimidas en vía casacional por considerar el Alto Tribunal que dicha agregación penológica se sustentaba sobre una aplicación analógica del entonces vigente artículo 47 del Código Penal vedada por ser contra reo.

III. LAS CONDUCTAS TÍPICAS

El vigente artículo 262 del Código Penal dispone cuatro tipos delictivos que deben deslindarse correspondientemente:

a) La dádiva o promesa “anti-competencia”

“Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública”

b) El alejamiento postor

“Los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio”

c) El concierto con vocación de alteración

“Los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate”

² Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados Núm. 511 de 05/06/1995 Pág.: 15527. Comisión de Justicia e Interior.

³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 7 de noviembre de 1997. Magistrado Ponente: Su Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto.

d) La quiebra o abandono fraudulentos.

“Los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación”

Los dos primeros (a y b) ya gozaban, como hemos visto, de encaje en la regulación penal pretérita desde el Código Penal de 1848. Sin embargo, tanto el concierto con vocación de alteración como la quiebra o abandono fraudulentos son nuevas figuras típicas introducidas por el legislador orgánico en 1995.

1. Primera conducta: La dádiva o promesa “anti-competencia”

Si existe una característica elemental de los concursos o subastas es que, en éstos, la libre concurrencia competitiva se sostiene como premisa indispensable para la correcta consecución de los objetivos de enajenación. Si no fuere así, y los postores — que podríamos llamar “*eventuales*”— pudieren ser excluidos por otros —los que sí van a participar en el sistema de pujas— la referenciada premisa de convergencia subjetiva resultaría quebrada. Para evitarlo, el legislador penal utiliza las dos primeros tipos delictivos (a y b); e, implícitamente, también el c).

En el primero, el que ahora analizamos, el reproche punitivo se realiza al postor “*eventual*”, aquel que sabiendo de su posibilidad de participación decide, previa o simultánea mediación de dádiva o promesa, autoexcluirse del concurso o subasta, allanando el camino de los restantes postores que, si la contraprestación es eficaz — dato intrascendente para la perfección delictiva—, gozarán de más opciones por la supresión de un agente competitivo.

En cuanto al concepto de dádiva, empleado también por el Código Penal en la regulación del delito de cohecho (art. 419 y siguientes), no existe óbice en asimilar el mismo —como subraya el Tribunal Supremo⁴— no con el concepto de regalo, sino con el de “ventaja” obtenida por el acto desleal que acomete su receptor que, en todo caso, deberá gozar de una evaluación económica susceptible. Respecto de la promesa, el término es, como señala la Doctrina⁵, coincidente en esencia con el anterior, con la especialidad cronológica de que en la promesa la ventaja es expectante, se realiza con voluntad de efectividad futura, mientras que en la dádiva ésta es un aprovechamiento presente en términos temporales.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 6 de noviembre de 1993. Magistrado ponente: Su Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater.

⁵ MIR PUIG, C.: “El Delito de cohecho en la Reforma del Código Penal”: “Diario La Ley, Nº 7603, Sección Doctrina, 4 de Abril de 2011, Año XXXII, Ref. D-148, Editorial LA LEY

La configuración de este tipo, como puede observarse fácilmente, es la propia de un delito de mera actividad, en la que el resultado lesivo final resulta irrelevante por cuanto la figura agota su consumación por la sola solicitud.

Respecto del sujeto activo, tampoco existen demasiadas dificultades para concluir que éste puede ser cualquiera, subrayando la Doctrina⁶, eso sí, que quedan cubiertos por el precepto tanto los casos en los que el sujeto no asiste al concurso o subasta, como aquellos otros en los que, concurriendo, no puja o lo hace sólo de manera supuesta.

2. Segunda conducta: el alejamiento postor

Si en el tipo a) del artículo 262 del Código Penal dijimos que la sanción recae sobre aquel postor “*eventual*” que se autoexcluye del concurso o subasta, en este tipo -que opera desde su redacción histórica como complemento al anterior- el castigo penal se hace descansar -eso al menos parece intuirse de la redacción y ubicación sistemática- sobre la otra punta de la convergencia competitiva necesaria: el postor que sí va a participar en las pujas. Así, será éste quien, con un propósito explícito de alejamiento de otros agentes competidores, habrá de emplear los instrumentos delictivos que el precepto enumera (amenazas, dádivas, promesas), si bien con un carácter no sellado cuando en el cierre tipológico se alude a la expresión “cualquier otro artificio”.

De nuevo, la configuración delictual demuestra un delito de mera actividad, en el que el alejamiento efectivo de la competencia no se convierte en un elemento necesario para entender consumada la figura delictiva, sino que bastará con esa voluntad —la de alejar a los postores expectantes— y el empleo de los medios referenciados.

Si se analiza el precedente dado por el antiguo artículo 539 del Código Penal de 1973, podemos comprobar que el legislador ha suprimido el elemento subjetivo del injusto que significaba el fin de alterar el precio del remate, el cual se ubica ya con carácter exclusivo sobre la conducta típica c) que analizaremos más tarde, y que permite afirmar, de nuevo, lo que parece incontestable: que la dádiva o promesa “anti-competencia” -conducta a)- y el alejamiento postor -conducta b)- son tipos penales pensados y conjugados con un ánimo de coordinación y proyección sobre la figura del postor, pretendiendo la imposibilidad para que éste pueda alterar, con su vocación criminal, la pluralidad exigida en el mecanismo competitivo; siendo ésta la preocupación del legislador que, a diferencia de lo que acontece en las conductas c) y d), adelanta las

⁶ SOTO NIETO, F.: “Alteración de precios en concursos y subastas públicas”. Diario La Ley, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-80, tomo 2, Editorial LA LEY

barreras punitivas del remate o la adjudicación a la existencia de las garantías óptimas de libre concurrencia.

El sujeto activo del delito resulta, obviamente, cualquiera, con independencia de su condición de licitador —aunque el precepto esté pensando de forma meridiana en éste—, y aunque podrían encuadrarse los competidores como perjudicados, esta cuestión es discutible si no valoramos al convocante de la subasta y tomamos en consideración que el bien jurídico protegido no es otro que la libre formación de precios.

Finalmente, y como particularidad de este tipo, llama la atención el empleo por el legislador del pronombre femenino “ella”, con alusión evidente a la subasta, así como la utilización del sustantivo específico “postores”, y que determina, como ha subrayado con criterio la Doctrina⁷, la inaccesibilidad de la conducta delictiva al ámbito delimitado por los concursos públicos, pues admitirlo así supondría una aplicación por analogía proscrita, como es sabido, por la regla básica del artículo 4.1 de nuestro Código Penal.

3. Tercera conducta: el concierto con vocación de alteración

Si expusimos con anterioridad que las conductas a) y b) del artículo 262 del Código Penal vigente focalizan su ratio sobre el postor individualmente considerado —pese a que los tipos admiten, desde luego, la coautoría— esto difiere en el caso de la figura delictiva comprendida en tercer lugar por el precepto referenciado. El uso del verbo transitivo “concertar” (“se concertaren...”) junto a la fórmula “entre sí” convierte a la conducta en plurisubjetiva; es decir, el desarrollo típico del delito requerirá de forma insoslayable la confabulación deliberada de una multiplicidad de sujetos con una finalidad específica, el elemento subjetivo del injusto: alterar el precio del remate. Si esa alteración se produce o no, si deviene en realidad tangible o sufraga como mero propósito malhechor, es algo fútil a los efectos de la perfección delictiva. El concierto criminal con capacidad objetiva y la búsqueda del fin subrayado por el precepto obtendrán en plenitud el delito, tratándose por tanto, al igual que ocurre —aquí sí— con las conductas a) y b), de una figura de mera actividad.

El hecho de que esta conducta, a diferencia de las dos primeras, resulte de nueva incorporación al ordenamiento penal erigido con el Código de 1995, plantea la necesidad de indagar en el propósito del legislador orgánico. Efectivamente, tanto la dádiva o promesa “anti-competencia” como el alejamiento postor hunden sus raíces en el Código Penal de 1848, pero el concierto con vocación de alteración carece de esa raigambre

⁷ LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Colex. 2005. Página 337

legislativa histórica. Un análisis de la jurisprudencia⁸ y de la Doctrina⁹ habilita a pensar que la atipicidad denunciada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de octubre de 1986 -"siendo atípica e impune la conducta de quienes se conciertan para distribuirse las áreas, sectores o lotes de una subasta múltiple o se comprometen a no rebasar o a rebasar en la menor medida posible las posturas mínimamente admisibles"- fuese recogida por el legislativo como una necesidad de atajar las prácticas de corrupción particular mencionadas y "*habituales*", como subrayaba en su intervención ante la Comisión de Justicia e Interior el diputado Sr. GARRIDO LÓPEZ¹⁰, en el escenario de las subastas judiciales, siendo éstas conocidas popularmente como "*subastillas*".

En lo que refiere al ya visto elemento subjetivo, "alterar el precio del remate", éste puede definirse, como señala SOTO NIETO¹¹ como "*el propósito dislocador del curso natural de las subastas*"; no obstante, el término "remate" plantea algunos interrogantes, sobre todo, en tanto el mismo suele circunscribirse al espacio propio de la subasta y no al del concurso.

Desde una concepción gramatical pura, el remate es —nos dice la Real Academia de la Lengua en su cuarta acepción— la "*postura o proposición que obtiene la preferencia y se hace eficaz logrando la adjudicación en subastas o almonedas para compraventas, arriendos, obras o servicios*". Sin embargo, con cierta confusión terminológica, y rozando casi la contradicción, en su quinta acepción se contempla la siguiente definición del sustantivo: "*Adjudicación que se hace de los bienes que se venden en subasta o almoneda al comprador de mejor puja y condición.*" Pese al juego de acepciones, debe concluirse que la rigurosa, y al menos la técnica en términos de estricta juridicidad, es la cuarta. Como fundamento de ello podemos citar múltiples preceptos en los que el remate es contemplado como una postura preferente y previa a la adjudicación¹² pero es especialmente en el ámbito de la subasta ejecutiva civil donde esta precisión se observa

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 3 de octubre de 1986. Magistrado ponente: Su Excmo. Sr. D. Luis Vivas Marzal.

⁹ QUINTERO OLIVARES, G.: Comentarios al Nuevo Código Penal. Editorial Aranzadi. 1996. Página 1.197

¹⁰ Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados Núm. 511 de 05/06/1995 Pág.: 15527. Comisión de Justicia e Interior.

¹¹ SOTO NIETO, F.: "Alteración de precios en concursos y subastas públicas". Diario La Ley, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-80, tomo 2, Editorial LA LEY.

¹² Véanse el artículo 107.Duodécimo de la Ley Hipotecaria: "Podrán también hipotecarse...El derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial. Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio en favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados." o el artículo 1640 del Código Civil: "En las ventas judiciales de fincas enfitéuticas, el dueño directo y el útil, en sus casos respectivos, podrán hacer uso del derecho de tanteo, dentro del término fijado en los edictos para el remate, pagando el precio que sirva de tipo para la subasta, y del de retracto dentro de los nueve días útiles siguientes al del otorgamiento de la escritura."

con mayor nitidez. Así, cuando el artículo 647.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que sólo el ejecutante o los acreedores posteriores podrán hacer postura reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero, resulta indiscutible que ese remate es una postura privilegiada carente de transitividad dominical hasta el dictado por el Letrado de la Administración de Justicia del correspondiente Decreto de adjudicación que prevé el artículo 650.7 de la precitada norma, con una redacción que despeja, definitivamente, todo solapamiento interpretativo entre los conceptos de “*remate*” y “*adjudicación*”: Aprobado el remate y consignada, cuando proceda, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate, se dictará decreto de adjudicación.

Establecido lo anterior, la aplicabilidad del concepto de remate -propio de las subastas- al entorno de los concursos públicos debe, con la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo¹³, admitirse como válida y posible, si bien diferenciado éste -el remate- de la adjudicación -paso posterior a él-.

Finalmente, admitiendo que el tipo delictivo requiere como *condicio sine qua non* la existencia de un concurso o subasta, cabe preguntarse si la sola finalidad de alteración sobre el remate de los postores o licitadores colma el delito cuando la confabulación carece de virtualidad suficiente para producir la manipulación pretendida. Sentada la pregunta, la misma debe contestarse interpretando en conjunción dos elementos trascendentes para el tipo: la capacidad objetiva para alterar el precio —requisito exigido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la ya citada Sentencia de 27 de julio de 2015— y el bien jurídico protegido —la libre competencia o libertad económica¹⁴—. La ausencia de punición de los actos preparatorios para la perpetración del delito del artículo 262 que impone el artículo 269 del Código Penal¹⁵, hace suponer que la concertación delictiva de la tercera conducta, que ahora analizamos, exige un convenio efectivo y sin fisuras para un fin—la adulteración del remate— que debe ser posible, real, y verificable superando la simple conspiración¹⁶; es decir, el acuerdo delictivo, para ser tal y transitar de la impunidad del acto preparatorio a la reprochabilidad penal del artículo 262 exige que objetivamente la alteración pueda realizarse, atacándose en consecuencia, el bien jurídico, mediante la ruptura de la libre competencia que garantiza

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 27 de julio de 2015. Magistrado ponente: Su Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruíz.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 11 de noviembre de 1983. Magistrado ponente: Su Excmo. Sr. D. Martín Jesús Rodríguez López.

¹⁵ Artículo 269 del Código Penal: “La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos de robo, extorsión, estafa o apropiación indebida, serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.”

¹⁶ Artículo 17.1 del Código Penal: “La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.”

el precepto y sustituyendo ésta por una mera apariencia que enmascara el amaño pactado. Pues si bien, siendo el delito de mera actividad, el resultado —la alteración— es irrelevante, no puede confundirse este hecho con la falta de aptitud suficiente de la acción —el concierto— para la consecución criminal. En definitiva, si no es así, si la confabulación existe y es firme, pero la misma no alcanza objetivamente la supresión de la concurrencia de agentes competidores el delito resultaría impune.

4. Cuarta conducta: la quiebra o abandono fraudulentos

Las conductas típicas a), b) y c) del artículo 262 se desarrollan todas en un ámbito preliminar a la conclusión con adjudicación del objeto de subasta al mejor postor. Sin embargo, en esta última modalidad delictiva, el legislador concentra el ámbito punitivo en ese último estadio que significa la adjudicación. Se trata, al igual que la conducta c), de un nuevo delito introducido con el Código Penal de 1995, y que tiene por objeto evitar aquellos supuestos en que habiendo obtenido el licitador la adjudicación del bien eluda la conclusión total del proceso de enajenación, bien sea a través de la falta de consignación del precio restante del remate, bien renunciando a la adjudicación obtenida con el propósito de obtener una nueva convocatoria de subasta.

La expresión “*fraudulentamente*” debe interpretarse como una exigencia para que la comisión sea estrictamente dolosa¹⁷; piénsese que es posible que el postor de buena fe que ha obtenido la aprobación de un remate, después de comprobar sus opciones de financiación, descubra que le es inasumible la consignación restante y por ello decida “quebrar” la subasta. Esta opción aparece prevenida en diferentes preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, pudiéndose destacar, entre otros, el artículo 653.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁸, pero su punibilidad, vía cuarta conducta del artículo 262, sólo podrá tener lugar cuando el propósito de la quiebra o abandono sea con ocasión de generar un fraude de ley que habilite al postor en su proyección criminal. Respecto de esta cuestión debe destacarse el siguiente fragmento de la Sentencia de 5 de febrero de 2010 de la Audiencia Provincial de las Palmas -Magistrada ponente: Su Ilma. Sra. María del Pilar Verastegui Hernández-: “Como ha señalado la doctrina, el legislador al imponer expresamente la actuación fraudulenta para la tipicidad de la conducta pretendió incriminar no cualquier incumplimiento contractual sino un comportamiento propio de

¹⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de noviembre de 2011. Magistrada ponente: Su Ilma. Sra. Dña. María Luisa Aparicio Carril.

¹⁸ Artículo 653.1 LEC: “*Si ninguno de los rematantes a que se refiere el artículo anterior consignare el precio en el plazo señalado o si por culpa de ellos dejare de tener efecto la venta, perderán el depósito que hubieran efectuado y se procederá a nueva subasta, salvo que con los depósitos constituidos por aquellos rematantes se pueda satisfacer el capital e intereses del crédito del ejecutante y las costas*”.

sujetos dedicados profesionalmente a la compra de bienes en subastas públicas, conocidos como "subasteros", quienes, abandonando la subasta después de haber obtenido la adjudicación del bien, sin formalizar la adquisición del mismo, pretenden la nueva salida a licitación sin establecimiento del precio inicial, propiciando así una nueva adquisición del bien subastado a precios irrisorios respecto de los del mercado. Y puesto que se utiliza dicho procedimiento para obtener un precio distinto del resultante del remate, debe probarse la finalidad de alterar el precio de los bienes subastados, es decir, la finalidad de provocar una nueva licitación sin sujeción al tipo".

Tomando en consideración lo expuesto respecto del término "*remate*" en el examen anterior del concierto con vocación de alteración, se entiende que la utilización por el legislador del sustantivo "*adjudicación*" resulta algo imprecisa; si se quiere, podría tratarse de una adjudicación "*provisional*" pero nunca -por lógica- de una "*definitiva*", pues si así fuere la opción de quiebra o abandono resultaría, sencillamente, irrealizable. La quiebra de la subasta la realiza el postor; ahora bien, no cualquiera: el postor rematante. Por ello, el empleo de la denominación "*adjudicación*" en la configuración delictiva, insistimos, resulta poco estricto, resultando desde una óptica de *lege ferenda* prudente modificar la misma en el sentido de agregar la expresión "*(adjudicación) del remate*" o sustituir "*la adjudicación*" por "*el remate*".

Respecto del sujeto activo del delito, esta cuestión no plantea problemas, pudiendo asumir esa condición cualquiera, siempre y cuando, en coherencia con lo expuesto, ese cualquiera se convierta en el ámbito de la subasta en un postor rematante.

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Aunque se ha adelantado en los párrafos antecedentes, conviene dedicar un epígrafe singular al análisis del bien jurídico que protege el artículo 262 del Código Penal. De este modo, hay que recordar que la primera vez que la "maquinación para alterar el precio de las cosas" ingresó en nuestro ordenamiento jurídico fue con el Código Penal de 1848 y que, en dicha regulación, el legislador consideró apropiado ubicar el delito bajo la rúbrica del Título XIV "Delitos contra la Propiedad". Esta ubicación sistemática resulta coherente con el momento histórico y con la consideración en aquellos tiempos de que la afectación última y más grave del delito era, en definitiva, al derecho de propiedad. Pese a que este posicionamiento bajo la rúbrica de "Los Delitos contra la Propiedad" lo mantuvo el Código Penal de 1973, como se ha señalado por algunos autores, el bien jurídico protegido, más que la propiedad, o si se quiere junto a ésta, era ya la "libertad de licitación"¹⁹.

¹⁹ ZOIDO ÁLVAREZ. J. I.: "Protección Penal de los Consumidores". Cuadernos de Derecho Judicial. Volumen nº 22. 1993.

En nuestro Código Penal vigente, el delito ya de “alteración de precios en concursos y subastas públicas”, se posiciona como un Capítulo independiente (el VIII) dentro del Título XIII -“De los Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.” Esta distribución del articulado, responde probablemente mejor que la asumida por los Códigos anteriores, sobre todo si se observa la inclusión en la rúbrica del título del término más amplio “orden socioeconómico.” Sin embargo, llama la atención que mientras el artículo 262 se posicione, como acabamos de señalar, bajo el título referenciado y con un capítulo propio, el mismo legislador haya optado por apartar de la sistematicidad del precepto las conductas de alteración de precios en mercados (artículo 284 del Código Penal²⁰), consignado éstas a la Sección 3ª del Capítulo XI. En cualquier caso, creemos que la configuración del artículo 262 es plenamente correcta, y que se trata de un tipo calificable, con carácter general, como “pluriofensivo”, en el que la realización de las conductas criminales previstas ataca el derecho de propiedad pero sobre todo, la libre competencia que debe ser condición elemental e indispensable de ese escenario negocial que suponen las subastas, y en menor medida, los concursos.

Una cuestión que debe abordarse, llegados a este punto, es aquella que atañe al hecho de que la protección del bien que esconde el artículo 262 no se residencia única y exclusivamente en el orden penal. Al contrario, la regulación para la protección de la competencia es, sin duda, una de las más afectadas por la hipotrofia normativa que caracteriza a los ordenamientos contemporáneos. Así, el panorama regulatorio abarca desde los propios tratados de la Unión Europea²¹ hasta la reglamentación propia de los entes locales, quienes, por ejemplo en el caso de licitaciones públicas, habrán de establecer las condiciones de participación en el concurso, con respeto, obviamente, al resto del ordenamiento aplicable.

²⁰ Artículo 284 del Código Penal: “Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que: 1. Empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos. 2. Difundieren noticias o rumores, por sí o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que a sabiendas se ofrecieren datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero, obteniendo para sí o para tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad. 3. Utilizando información privilegiada, realizaren transacciones o dieran órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, o se aseguraren utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales. En todo caso se impondrá la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador.”

²¹ Entre otros, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2010.

Ejemplos de la protección extra-penal a la que estamos aludiendo existen múltiples y diversos; no siendo el propósito de este trabajo, únicamente referenciaremos de forma sucinta los que siguen:

a) La garantía provisional del artículo 103 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.²²

b) La configuración del “reparto del mercado” como conducta colusoria por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

c) El esquema y control de altas en la Subasta Electrónica Judicial que prevé el artículo 648 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

d) La responsabilidad del rematante que quiebra en la subasta tributaria del artículo 104.6 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación²³

La constatación de una regulación protectora no penal amplia, entendemos que debe llevar a la conclusión de que, si el Derecho Penal con carácter ordinario se articula como un ordenamiento sancionador de última ratio, en el caso del bien jurídico protegido por el artículo 262, esa “última ratio” debe acentuarse todavía más, y ello no porque la libertad de competencia sea un bien menor -al contrario- sino porque si la competencia para ser tal, necesita de libertad e incentivos, debe admitirse que mal recurso será aquel que, aunque con la bondad de proteger el objeto, termine convirtiendo al mismo en centro de celos y temores para aquellos que ostentan la iniciativa económica en la economía de libre mercado: los particulares y las empresas.

²² Artículo 103.1 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: *“En atención a las circunstancias concurrentes en cada contrato, los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores la constitución de una garantía que responda del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación del mismo. Para el licitador que resulte adjudicatario, la garantía provisional responderá también del cumplimiento de las obligaciones que le impone el segundo párrafo del artículo 151.2. Cuando el órgano de contratación decida exigir una garantía provisional deberá justificar suficientemente en el expediente las razones de su exigencia para ese concreto contrato.”*

²³ Artículo 104.6 Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación: *“En caso de impago del precio de remate por el adjudicatario, el importe depositado se aplicará a la cancelación de las deudas objeto del procedimiento, sin perjuicio de las responsabilidades en que podrá incurrir por los perjuicios que origine la falta de pago del precio de remate.”*

V. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN

La utilización por el artículo 262 de la rúbrica “De la alteración de precios en concursos y subastas públicas” puede llevar al interrogante de si el precepto opera únicamente en aquellos casos de subastas y concursos convocados por entes públicos o, si al contrario, las conductas son de comisión trasladable también al entorno propio de la subasta privada. Esta cuestión fue objeto de un intenso debate doctrinal que, sin embargo, se encuentra ya superado, habiendo avalado la jurisprudencia²⁴ la aplicación a toda subasta pública, entiendo por aquella no exclusivamente las convocadas por la Administración, sino todas en las que la convocatoria es anunciada con carácter notorio. Además, esta interpretación también encuentra respaldo en la literalidad del propio precepto cuando, con una evidente especificación, determina un agregado penológico — inhabilitación especial que ha de comprender el derecho a contratar con las Administraciones Públicas— en el caso de concursos o subastas convocados por Administraciones o entes públicos. Especificidad que resultará superflua si las conductas del tipo sólo pudieren realizarse sobre mecanismos enajenatorios de naturaleza pública.

VI. PENALIDAD

Todas las conductas del artículo 262 reciben la misma pena:

- a) Prisión de uno a tres años.
- b) Multa de 12 a 24 meses.
- c) Inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años.

Ya lo vimos, pero lo reiteramos, y para el caso de concursos o subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, el agente y la persona o empresa por él representada será castigado, adicionalmente, con la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años²⁵.

²⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de mayo de 2016. Magistrado ponente: Su Ilmo. Sr. D. José Antonio Lagares Morillo.

²⁵ Esta pena debe relacionarse, por necesidad, con las disposiciones al efecto establecidas por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

VII. CONSECUENCIAS ACCESORIAS

La regulación original del artículo 262 en el Código Penal de 1995 sólo ha sufrido una modificación, consistente en adición, a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre²⁶. Esta añadidura sobre el articulado consistió en el otorgamiento al Juez o Tribunal de la facultad para imponer las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código para el caso de que el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de las actividades señaladas por el precepto (262).

VIII. CIERRE

A lo largo de este trabajo se ha pretendido analizar, con el mayor rigor posible, el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas, haciéndose hincapié en las diferentes conductas que el legislador, en opinión de este autor, describe a veces no con demasiado rigor, y acudiéndose a la jurisprudencia que en cada punto se ha considerado más relevante.

Como cierre, este autor sólo desea expresar el deseo de que el trabajo haya resultado útil al propósito de comprender mejor un delito poco conocido y que su lectura sea un estímulo para la concienciación de la relevancia que la libertad de competencia ostenta en nuestro modelo de convivencia.

²⁶ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.